La libertà di circolazione e di soggiorno di rifugiati e richiedenti asilo come strumento per superare la crisi dei confini interni all'Unione Europea

1. Con la pace di Westphalia del 1648 i confini diventano l'elemento costitutivo dello Stato-nazione: non solo delimitano il perimetro giuridico di sovranità nazionale, ma operano come "markers of identity"[1], cioè come elementi di differenziazione identitaria di una nazione nonché come strumento di protezione degli interessi della comunità nazionale. Questo ordine rimane immutato fino al 19 Giugno 1990 quando Belgio, Germania Ovest e Francia, in applicazione all'Accordo di Schengen del 1985, firmano la convenzione di Schengen, un trattato internazionale che regola l'apertura delle frontiere tra i paesi aderenti. Alla convenzione hanno aderito successivamente in momenti diversi tutti Paesi dell'Unione europea, ad eccezione di Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania a cui vanno aggiunte UK ed Irlanda che si sono avvalsi della clausola di opting-out[2], ad essi si aggiungono quattro paesi non appartenenti all'Unione: Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

La realizzazione di Schengen ha prodotto, nella cultura europea, un ridimensionamento della rappresentazione dei confini contribuendo a delegittimare e a rendere anacronistico l'ideale di comunità nazionali omogenee e territorialmente delimitate da frontiere ben presidiate. L'Unione ha fatto dell'area di libera circolazione il simbolo di un nuovo processo identitario, non alternativo ma in parte antagonista, rispetto a quello nazionale, riassunto nel concetto di cittadinanza europea.

Dal settembre 2015, ben nove dei ventisei paesi aderenti a Schengen si sono avvalsi della possibilità di reintrodurre i controlli alle frontiere interne: la Francia, per difendersi dalle minacce terroristiche, gli altri (Belgio, Danimarca, Germania, Ungheria, Austria, Slovenia, Svezia e Norvegia)[3] per contrastare l'afflusso incontrollato di migranti. La reintroduzione dei controlli statali delle frontiere interne è prevista dal regolamento UE 2016/33 e del Consiglio 9/03/2016 (Codice frontiere Schengen) solo per la tutela dell'ordine pubblico soltanto in via temporanea[4], con condizionamenti procedurali[5] e come "extrema ratio".

---

[1] Mario Savino, *La crisi dei confini*, "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016 fasc. 3, pag. 2

[2] Il termine inglese opting-out può essere tradotto in italiano come rinuncia, e nel contesto dell'Unione europea indica appunto la *rinuncia* d'un certo Paese ad adottare una certa regola decisa dall'unione stessa.

[3] Si veda l'elenco delle notifiche statali alla Commissione in merito alla reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en

[4] In base all'art25, comma 3 e 4, Codice frontiere Schengen, i controlli interni possono essere reintrodotti soltanto per il tempo strettamente necessario e comunque per un periodo non superiore a 30 giorni, prorogabile ad un massimo di sei mesi, salvo circostanze straordinarie.

[5] In base all'art. 26 del codice di Frontiera Schengen, lo stato membro deve bilanciare "il probabile impatto della minaccia dell'ordine pubblico o la sicurezza interna nello Stato membro interessato" con "l'impatto probabile di una tale misura sulla libera circolazione delle persone".

Mario Savino definisce "la recente propensione di alcuni governi europei a utilizzare quel che resta del loro potere di controllare i confini per limitare l'afflusso di migranti" come un "sussulto di sovranità: lo Stato-nazione tenta di resistere al suo declino, valorizzando la sua primaria missione hobbesiana -tutelare l'ordine interno e la sicurezza dei cittadini- nel contesto però di un'Europa continentale nella quale (non lo Stato in sé, ma) lo Stato come proiezione di una comunità nazionale pare destinata al tramonto."[6] La tesi del declino dello Stato-nazione è sostenuta, tra gli altri, da R. Zanotti che vede nella realizzazione dell'area di libera circolazione delle persone il superamento della concezione "westphaliana" del controllo dei confini, in favore di una visione che può dirsi "post-nazionale" ma non "post-statale", proprio perché nel regime di Schengen gli Stati restano attori decisivi e conservano la titolarità di importanti poteri.[7]

Il costante aumento della percezione della minaccia terroristica di matrice islamica nell'opinione pubblica europea, soprattutto dopo i ripetuti attentati a Parigi e l'attentato di Nizza e Berlino, ha contribuito a mettere in discussione la "tenuta" dell'area Schengen, inducendo la Francia a ripristinare i controlli delle proprie frontiere interne. Nonostante ciò il primo fattore esogeno della crisi, del sistema di libera circolazione nell'Europa continentale, è rappresentato dal considerevole aumento dei flussi non autorizzati di migranti extracomunitari giunti sulle coste greche e italiane nel 2014. Costanti tra il 2008 e il 2013 (mai superiori ai sessanta-settanta mila per anno), gli arrivi via mare nell'area Schengen sono divenuti duecentosedici mila nel 2014 e hanno addirittura superato il milione nel 2015.[8] Il principale *pull factor* è noto: il deterioramento delle condizioni di sicurezza nel Medioriente e, in particolare, l'aggravamento del conflitto siriano. Ne è derivata una crisi migratoria che è soprattutto una crisi dei rifugiati. Attraverso la Grecia, sono giunti nel cuore dell'Europa, percorrendo la "rotta balcanica", oltre un milione e mezzo di migranti (soprattutto siriani ma anche afghani e iracheni) aventi diritti alla protezione internazionale. L'Italia ha, invece, continuato a costruire il principale approdo e territorio di transito per flussi misti, più contenuti, di richiedenti asilo e di migranti economici dall'Africa.[9]

Sebbene i leader della maggior parte dei partiti di destra europei da anni parlino dei fenomeni migratori come di un'invasione incontrollata di profughi e migranti economici andando ad alimentare la percezione comune di insicurezza e i sentimenti xenofobia, ossia l'odio per lo straniero. L'arrivo, nell'arco di due anni, di un milione e mezzo di migranti nell'area di Schengen nella quale vivono oltre 400 milioni di persone non può considerarsi un invasione soprattutto se si considera l'impatto positivo che l'immigrazione ha sulla dinamica demografica italiana e dell'Unione, come ha ricordato la Commissione nell'ultima Agenda europea sull'immigrazione: " in assenza di immigrazione, la popolazione dell'UE in età lavorativa diminuirà di 17,5 milioni di persone nel prossimo decennio. La migrazione sarà sempre più un mezzo importante per rafforzare la sostenibilità dei nostri sistemi di protezione sociale e per garantire una crescita sostenibile dell'economia dell'UE."[10]

Tuttavia, l'improvviso aumento degli sbarchi ha evidenziato i limiti della governance di Schengen: le carenze dell'Italia e ancor più della Grecia nella gestione delle frontiere esterne, soprattutto nell'attività di registro e riconoscimento dei migranti in arrivo primo passo per attivare il c.d. "Dublin

---

[6] Mario Savino, *La crisi dei confini*, "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016 fasc. 3, pag.4
[7] R. Zanotti, "*Cultures of border control*", cit. 14
[8] Dati raccolti dall'Agenzia Onu per i rifugiati, quotidianamente aggiornati e consultabili sul sito: https://www.unhcr.it/
[9] Mario Savino, *La crisi dei confini*, "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016 fasc. 3, pag.6
[10] (COM(2015)240 final, 13/03/2015, pag. 16

System III", hanno indotto la reazione "difensiva" dei principali paesi di destinazione di tali flussi. Per ovviare a queste deficienze, l'Unione europea ha elaborato una strategia composita, fatta di misure emergenziali e misure di regime, tesi al superamento di uno dei postulati "westphaliani" ancora esistenti nell'area Schengen: il principio per cui la gestione delle frontiere esterne ricade nell'esclusiva responsabilità dello Stato il cui confine coincide con il perimetro dello spazio Schengen[11], tale principio previsto già dalla Convenzione di Schengen del 1990 è ora sancito dall'artt. 15 e 16 del Codice frontiera Schengen. Un primo passo verso il superamento di tale principio fu la proposta avanza nell' "Agenda europea sull'immigrazione" del maggio 2015, che afferma: "la Commissione istituirà un nuovo metodo basato sui "punti di crisi": l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol lavoreranno sul terreno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo."[12] Pur in assenza di una autonoma disciplina europea, lacuna destinata ad essere parzialmente colmata con l'adozione di un regolamento istitutivo della Guardia costiera e di confine europea[13], l'approccio degli hotspot è stato applicato a partire dal 2016 in Grecia e Italia[14], con primi importanti risultati sul piano sia delle registrazione degli arrivi, sia della razionalizzazione del processo di selezione dei richiedenti asilo e dei migranti economici.

Le criticità, tuttavia, non mancano. Sul piano operativo pesano, soprattutto in Grecia, le carenze infrastrutturali e organizzative dell'amministrazione statale, ma anche la scarsa cooperazione fornita da altro Stati membri[15]. Quanto alla tutela dei diritti, secondo M. Savino numerosi rapporti documentano la tendenza delle guardie di frontiera, operanti negli hotspot in Grecia ed Italia, ad abusare della detenzione amministrativa, a non garantire un processo informativo trasparente in merito alle possibilità offerte dalla disciplina dell'asilo, ed ad adottare procedure di respingimento sommarie, in violazione del diritto al contraddittorio e del divieto di respingimenti collettivi.[16]

Inoltre emergono altri due fattori, che possiamo definire collaterali, che contribuiscono a ledere la "tenuta" dell'area Schengen: la difficoltà, nei periodi estivi in cui si intensificano gli sbarchi nel mar Mediterraneo, della tenuta dei sistemi di accoglienza, che ha come prima conseguenza l'abbassamento del livello di rispetto dei diritti umani[17]. Il secondo fattore è la scarsa cooperazione dei Paesi membri dell'Unione nell'accettare i ricollocamenti dei richiedenti asilo, come si evince dalle parole della Commissione: "L'UE ha bisogno di un sistema solido ed efficace in grado di garantire in futuro una gestione sostenibile della migrazione, che sia giusta tanto nei confronti delle società di accoglienza e dei cittadini dell'Unione, quanto nei confronti dei cittadini di paesi terzi e dei paesi di origine e di transito. Per funzionare, questo sistema dev'essere di ampia portata e deve basarsi sui principi di responsabilità e solidarietà"[18].

---

[11] Mario Savino, *La crisi dei confini*, "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016 fasc. 3, pag. 7
[12] (COM(2015)240 final, 13/03/2015, pag. 7
[13] Raccomandazione contenuta nello studio del Parlamento europeo: "On the Frontline: the hotspot approch to managing migration", Bruxelles, 2016.
[14] Tra la fine del 2015 e l'inizio del 2016 sono stati istituiti 5 hotspot in Grecia (Lesvos, Chios, Samos, leros e Kos) e 4 in Italia (Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Taranto).
[15] Come rilevato in un rapporto della Commissione: "Progress report on the implementation of the hotspot approach in Greece" COM(2016) 141 final, 4/03/2016, pag 6, 9, 10.
[16] Mario Savino, *La crisi dei confini*, "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2016 fasc. 3, pag. 8, 9.
[17] Negli hotspot italiani, il trattenimento dei migranti è praticato, spesso per periodi non brevi e in strutture e condizioni non adeguate.
[18] COM(2016) 141 final, 4/03/2016, pag. 2

Il superamento di questi fattori, il rispetto dei diritti umani e la reciproca cooperazione dei paesi membri dell'Unione, è fondamentale per realizzare la costruzione del c.d. "sistema europeo comune d'asilo". Questo processo è basato su due fasi, caratterizzate dalla gradualità crescente del livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia d'asilo, oggi completato almeno per quanto riguarda l'adozione delle norme UE[19] e l'applicazione del regolamento di Dublino III. Gli strumenti (armonizzazione e regolamento di Dublino), per poter essere efficaci, devono necessariamente operare congiuntamente: è evidente infatti che senza l'individuazione di uno Stato competente, una raggiunta armonizzazione potrebbe avere effetti diametralmente opposti a quelli che da essa ci si vorrebbe attendere; in particolare essa potrebbe favorire la circolazione dato che con sistemi di asilo equivalente una persona potrebbe scegliere uno o l'altro, senza timore di essere penalizzato nell'esame della sua richiesta[20], dando vita al c.d. fenomeno dell' "asylum shopping". Ma come afferma C.Favilli in " Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea " pubblicata nel 2015 sulla "Rivista di diritto internazionale" l'armonizzazione stenta ad essere realizzata effettivamente: il sistema comune europeo d'asilo lascia un certo margine di discrezionalità a ciascuno Stato membro così che, anche se fosse correttamente attuato, rimarrebbero differenze nei sistemi d'asilo nazionali: in alcuni Stati, tra cui l'Italia, esistono norme interne, talora di rango costituzionale, volte a garantire una protezione più elevata che consenta il riconoscimento della protezione sussidiaria ed umanitaria, che pur non trovando disciplina a livello di diritto UE non è con questo incompatibile[21].

2. Altrettanto critica è l'applicazione del regolamento del Sistema di Dubino III, in particolare emergono profili di incompatibilità con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e con la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, pietra angolare del sistema di asilo europeo. Tuttavia la crisi del sistema di Dublino non concerne solo il rispetto dei diritti umani, ma riguarda anche la sua scarsa efficacia: la c.d. "saga di Dublino" sta determinando un vero e proprio conflitto tra le corti europee, sia l'epifenomeno di una crisi strutturale del sistema, causata non tanto o non solo dal regolamento e dai sui rigidi criteri di determinazione delle competenze, quanto dalla mancata estensione della libertà di soggiorno nell'Unione Europea ai beneficiari di protezione internazionale[22].

Certezza e rapidità sono le due parole chiave per interpretare e applicare il sistema previsto dal regolamento di Dublino: in effetti esso ha un senso se garantisce in tempi rapidi la determinazione dello Stato individuato come competente prenda effettivamente in carico da parte di questo delle persone rientranti nella sua giurisdizione. Per farlo viene istituita un procedura *ad hoc* volta a far sì che lo Stato individuato come competente prenda effettivamente in carico il richiedente protezione internazionale, così da avviare poi la vera e propria procedura per il riconoscimento della protezione. Si crea così una "procedura per l'esame della domanda d'asilo" funzionale all'avvio della "procedura

---

[19] Ad esempio la direttiva 2001/55/CE "Norme minime per la concessione di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono la conseguenza dell'accoglienza degli stessi" G.U.U.E. 10/07/2001 L187 p 45 ss. Direttiva 2013/32/UE del 26/06/2013 "recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

[20] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 2, 3.

[21] Corte di giustizia, sent. 9/11/2010, C-57/09.

[22] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 3

per l'esame della domanda d'asilo". Si tratta dunque di "una procedura nella procedura" che, per essere efficace, dovrebbe essere la più rapida possibile[23].

Il caso di Dublino è particolare: da una parte si postula una presunzione di assoluta sicurezza tra gli ordinamenti degli Stati membri nel presupposto della loro equivalenza, valorizzata dalla partecipazione comune alla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 e alla Convenzione europea sui diritti umani; dall'altra, nella consapevolezza delle profonde differenze esistenti tra quegli stessi sistemi d'asilo, si avvia un processo di ravvicinamento della legislazione nazionale al fine di rafforzare la reciproca fiducia e consentire la piena applicazione del mutuo riconoscimento. Mentre dopo il 2013 si può affermare che esiste, pur nelle differenze, un sistema europeo comune di asilo volto a corroborare la reciproca fiducia tra gli Stati membri, lo stesso non poteva dirsi precedentemente, quando tuttavia la stessa reciproca fiducia era stata normativamente codificata e data per esistente attraverso la presunzione assoluta di sicurezza inserita nel regolamento Dublino.[24]

Questa ambiguità di fondo del regolamento Dublino, mai del tutto risolta, neanche non lo sviluppo della legislazione dell'Unione in materia, è emersa in quella che può essere denominata come la "saga di Dublino" che ha visto coinvolte le corti europee a partire dal 2011. Come è noto la corte europea dei diritti umani, dopo alcune sentenze nelle quali non aveva riscontrato violazioni, ha condannato-ripetutamente- taluni Stati membri dell'Unione per i trasferimenti da uno Stato membro ad un altro nell'ambito del regolamento Dublino. In particolare nella sentenza M.S.S, di condanna del Belgio per i trasferimenti verso la Grecia. La Corte europea ha innanzitutto affermato la piena responsabilità degli Stati membri dell'UE rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione europea anche quando operano trasferimenti di cittadini di Paesi terzi verso un altro Stato membro dell'UE[25]. L*'acquis* della Corte in materia si basa sul principio che i trasferimenti da uno Stato all'altro non devono esporre le persone ad un rischio reale di subire una violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, in primis il diritto di non subire torture o pene e trattamenti disumani e degradanti. Tale principio non trova alcuna eccezione per il fatto che il trasferimento avvenga in esecuzione di un obbligo derivante dall'Unione Europea e nella fattispecie del regolamento Dublino[26]. In relazione all'applicazione del regolamento Dublino la Corte ritiene che vi sia un margine di discrezionalità lasciato agli stati nell'applicazione del regolamento, così che questi mantengono la loro responsabilità in relazione agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea[27]. A questo fine la Corte europea valorizza l'art 3 comma 2 del Regolamento " Quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri enumerati nel presente regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata."[28] È quindi prevista la possibilità di derogare i criteri di attribuzione della competenza ivi stabiliti ed affermare la propria giurisdizione applicando la c.d. "clausola di sovranità", considerandosi competenti anche quando non sarebbero tali in virtù dei criteri previsti. Il pieno rispetto dei diritti appare infatti non conciliabile con le esigenze di rapidità e di certezza, senza le quali l'obbiettivo perseguito dal regolamento Dublino è gravemente compromesso[29].

---

[23] Ibidem pag. 4

[24] Ibidem pag. 5

[25] Sent. 21/01/2011, M.S.S. vs Belgium and Greece, Appl. No. 30696/09

[26] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 5, 6.

[27] *Idibem*

[28] REGOLAMENTO (UE) N. 604/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, 26/06/2013

[29] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag 7

La Corte di giustizia, con la sentenza N.S.[30], giunge ad una interpretazione riduttiva della pronuncia della Corte europea, distinguendo tra violazioni delle singole disposizioni delle direttive del sistema europeo comune d'asilo e carenze sistemiche nel sistema d'asilo di uno Stato membro, per giungere a ritenere che solo in questo secondo caso si può avere il rischio di trattamento inumano e degradante che renderebbe incompatibile il trasferimento con l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e l'art. 3 della Convenzione[31]. Questo primo episodio della "saga di Dublino" è intervenuto durante i negoziati su quello che poi è divenuto il regolamento di Dublino III, così determinando l'inserimento nell'art. 2 un nuovo secondo capoverso in base al quale "lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un atro Stato membro possa essere designato come competente"[32]. È evidente che vi è una notevole differenza tra una violazione di uno specifico diritto o di una situazione individuale e le carenze sistemiche, indiscriminate o generalizzate e le carenze sistemiche dei diritti umani, questo concetto è presente anche nella giurisprudenza della Corte europea soprattutto per dimostrare il rischio individuale di violazione dell'art. 3: tanto più esiste un rischio generalizzato tanto meno sarà necessario produrre prove volte a dimostrare l'esistenza di un rischio individuale[33].

Non sorprende che i casi Dublino si siano ripresentati difronte alla Corte europea dando l'occasione a questa Corte di precisare quanto già affermato nella sentenza M.S.S., così nella sentenza *Sharifi and others v. Italy and Greece* del 21 ottobre 2014 la Corte europea ha ribadito come anche nei trasferimenti di persone di persone tra Italia e Grecia in applicazione del regolamento Dublino gli Stati devono rispettare quanto sancito nella Convenzione e interpretato dalla Corte europea con orientamento costante[34]. Questa Corte ha nuovamente condannato la Grecia per violazioni dello stesso art. 3 e 13 della CEDU e l'Italia per violazione dello stesso art.3 nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 4, che vieta l'espulsione collettive di stranieri. L'Italia è stata inoltre condannata per violazione del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art 13 della Convenzione. La Corte ha specificatamente affermato l'incompatibilità con la Convenzione dei trasferimenti automatici delle persona senza che queste possano far valere i propri diritti, sia sostanziali sia procedurali, come rilevato nel caso di specie, laddove persone arrivate nel porto di Ancona venivano consegnate direttamente alle autorità di polizia per essere immediatamente ripatriate. È importante anche ricordare che la Corte europea nella sentenza *Tarakhel v. Switzerland* del 4 novembre 2014 ha condannato la Svizzera per la decisione di trasferimento di una famiglia afgana con sei figli, di cui cinque minori, verso l'Italia a causa del rischio di violazione dell'art. 3 della Convenzione per carenze nel sistema di accoglienza di tali persone, considerate particolarmente vulnerabili[35]. La presenza di soggetti vulnerabili è un aspetto centrale di questa sentenza nella quale la Corte applica il proprio costante orientamento circa la relatività del giudizio sulla violazione dell'art.3: la soglia minima di gravità del comportamento per essere qualificato come tortura o trattamento disumano e degradante, dipende da una pluralità di circostanze e in particolare delle caratteristiche delle potenziali "vittime",

---

[30] Sent. 21/12/2011, N.S., C-411/10

[31] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 7

[32] REGOLAMENTO (UE) N. 604/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, 26/06/2013

[33] Sent. 11/01/2007, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, Appl. No. 1948/04

[34] Sent. 21/10/2014, *Sharifi c. Italy and Greece,* Req. N° 16643/09.

[35] Sent. 4/11/2014, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl. No. 29217/12.

così che la stessa situazione vissuta da soggetti diversi potrebbe non essere considerata una violazione dell'art. 3 della Convenzione[36].

Gli Stati devono dunque astenersi dall'effettuare trasferimenti automatici di persone senza valutare il concreto rischio di violazione dei diritti sanciti nella Convenzione europea. Il fatto che si tratti di trasferimenti intra-UE non è infatti sufficiente ad escludere le garanzie derivanti dalla Convenzione europea. In questo modo si prospetta un obbligo procedurale in capo agli Stati tendente a verificare la "sicurezza" dello Stato di destinazione, e soprattutto, di consentire alla persona soggetta a trasferimento di poter far valere le proprie ragioni contro il trasferimento, eventualmente denunciando il rischio di una violazione individuale dei diritti sanciti dalla Convenzione[37].

3. A.S.G.I, associazione studi giuridici sull'immigrazione, è una associazione italiana di avvocati, giuristi e studiosi che nel tempo ha contribuito con i suoi documenti all'elaborazione di testi normativi statali e comunitari in materia di immigrazione, asilo e cittadinanza, promuovendo nel dibattito politico-parlamentare e nell'operato dei pubblici poteri la tutela dei diritti degli stranieri. Essa svolge anche un importantissimo lavoro di monitoraggio nel rispetto dell'orientamento, sopracitato, della Corte europea andando ad evidenziare diverse violazioni delle norme europee sui confini italiani interni all'Unione Europea. In particolare sul confine di Ventimiglia A.S.G.I ha riscontrato " Violazione da parte dell'Italia e della Francia dell'articolo 13 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (CEDU) [..] i respingimenti subiti dai ricorrenti sono a tutti gli effetti respingimenti collettivi informali, operati sulla base di decisioni delle autorità di frontiera non scritte, in nessun modo formalmente notificate o portate ad effettiva conoscenza dei respinti e, in quanto tali, in alcun modo contestabili e impugnabili di fronte alle autorità giurisdizionali astrattamente competenti. I cittadini stranieri respinti non hanno avuto inoltre modo di comprendere le operazioni messe in atto dalle autorità di frontiera in quanto non è stato loro fornito alcun servizio di interpretariato né di orientamento ai diritti. Di fatto, non è stato avviato alcun formale procedimento amministrativo sulle singole posizioni degli interessati, come al contrario previsto dalla legge, e pertanto gli stessi non hanno avuto, in nessuno stadio del respingimento, la possibilità di fare valere i propri diritti.[38]"
Sempre sul confine Italo-francese sono state riscontrate violazione da parte dell'Italia e della Francia dell'articolo 4 del protocollo IV CEDU: "i fatti documentati descrivono inequivocabilmente come non vi sia stato, ad opera delle autorità italiane e francesi, alcun formale esame della situazione personale di ciascun cittadino straniero respinto, un esame che abbia preso in considerazione in maniera reale e differenziata, le singole posizioni giuridiche nonché le singole condizioni sanitarie e/o di vulnerabilità degli interessati. Si noti invero come, in molti casi, non si sia provveduto neppure all'identificazione di questi ultimi. Gruppi eterogenei di persone sono stati intercettati e collettivamente respinti, ossia coattivamente deportati in Italia. Non vi è stata distinzione a seconda che si trattasse di minorenni, richiedenti asilo ovvero di migranti economici.[39]"
Inoltre richiamando quanto detto in precedenza in merito alla definizione di "sussulto di sovranità" data da M. Savino[40] si può riscontrare una violazione dell'art. 23-24-27 del Reg. 562/2006 (Codice Frontiere Schengen): in quanto " Occorre considerare come l'afflusso di migranti, nell'ordine delle poche centinaia e in modo assolutamente pacifico e tranquillo, non possa essere considerato in alcun modo una minaccia all'ordine pubblico o alla sicurezza interna della Francia. In tal modo per effettuare il ripristino dei controlli sistematici al valico di frontiera interno italo -francese la Francia avrebbe dovuto seguire la procedura espressamente indicata dall'art. 24 Reg. 562/2006, in quanto in

[36] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 9
[37] *Ibidem* pag.13.
[38] https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/07/Documento-Ventimiglia.pdf , 31/07/2015 pag. 4
[39] *Ibidem*, pag.5
[40] *Cfr. supra*, nota 6.

nessun modo poteva configurarsi una azione urgenze e darne, ai sensi dell'art. 27 Reg. 562/2006, comunicazione al Parlamento Europeo.[41]"

Un altro monitoraggio effettuato da A.S.G.I ha consentito di verificare l'esistenza di controlli alla frontiera e sui treni in partenza da Verona verso l'Austria nonché di riammissioni di cittadini di Stati terzi che avevano manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale operate sia da parte delle autorità italiane verso l'Austria sia da parte delle autorità austriache verso l'Italia. La frontiera italo-austriaca si caratterizza, in questo senso, per l'esistenza di prassi che non avvengono invece in altre zone di confine monitorate da ASGI come quella di Como/Chiasso o Ventimiglia dove le riammissioni avvengono tendenzialmente solo verso l'Italia, sia perché le riammissioni avvengono anche verso il territorio austriaco sia perché i controlli effettuati a bordo dei treni già a partire dalla stazione di Verona impediscono di fatto alle persone di raggiungere l'area di confine. Per quanto concerne le riammissioni, nella maggior parte dei casi queste avvengono in forma semplificata e alle persone riammesse non viene notificato nessun provvedimento. Le persone fermate in territorio austriaco vengono trattenute per alcune ore dalla polizia austriaca e poi riportato al posto di polizia del Brennero su automezzi austriaci e riconsegnati alla polizia italiana. In altri casi le persone vengono semplicemente fatte risalire sui treni che viaggiano in direzione opposta. La polizia italiana, quando prende in carico le persone per le quali le autorità austriache chiedono la riammissione, procede alla rilevazione delle generalità e al foto-segnalamento. Quindi i respingimenti effettuati sono a tutti gli effetti respingimenti informali, operati sulla base di decisioni delle autorità di frontiera non scritte, in nessun modo formalmente notificate o portate ad effettiva conoscenza dei respinti e, in quanto tali, in alcun modo contestabili e impugnabili di fronte alle autorità giurisdizionali astrattamente competenti. Come nel caso di Ventimiglia, anche sul confine Italo-austriaco i cittadini stranieri respinti non hanno avuto inoltre modo di comprendere le operazioni messe in atto dalle autorità di frontiera in quanto non è stato loro fornito alcun servizio di interpretariato né di orientamento ai diritti. Di fatto, non è stato avviato alcun formale procedimento amministrativo sulle singole posizioni degli interessati, come al contrario previsto dalla legge, e pertanto gli stessi non hanno avuto, in nessuno stadio del respingimento, la possibilità di far valere i propri diritti.
E' dunque evidente come sia stato violato il loro diritto ad un ricorso effettivo di fronte ad un'istanza nazionale. Del resto, come precisato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per essere effettivo, il rimedio richiesto dall'articolo 13, deve essere disponibile sia nella prassi così come in diritto, in particolare, nel senso che il suo esercizio non deve essere ingiustificatamente ostacolato da atti o omissioni delle autorità dello Stato convenuto[42]. Le modalità con cui sono stati realizzati i respingimenti, al contrario, hanno oggettivamente reso impossibile per i ricorrenti l'esercizio di qualsivoglia diritto di difesa. È stata riscontrata anche una violazione da parte dell'Austria dell'articolo 4 del protocollo IV CEDU in quanto i fatti documentati e i dati relativi alle riammissioni passive richieste e accolte descrivono come con tutta probabilità non vi sia stato, ad opera delle autorità austriache, alcun formale esame della situazione personale di ciascun cittadino straniero respinto, un esame che abbia preso in considerazione in maniera reale e differenziata, le singole posizioni giuridiche nonché le singole condizioni sanitarie e/o di vulnerabilità degli interessati. Lo scarto tra le riammissioni passive richieste e quelle accolte dimostra come la valutazione della posizione individuale della persona è avvenuta con tutta probabilità solo da parte delle autorità italiane. Il numero delle riammissione richieste ed effettuate dall'Italia ed il monitoraggio svolto non consente né di rilevare né di escludere completamente violazioni simili da parte delle autorità di frontiera italiane. La decisione di respingere – adottata presumibilmente in virtù dell'Accordo bilaterale – ha riguardato gruppi di persone nel suo complesso. Gli interessati versano in una condizione del tutto simile a quella della sentenza Hirsi, nella parte in cui recita: "[...] È indubbio che i ricorrenti non sono stati oggetto di alcuna procedura di identificazione da parte delle autorità italiane, che si sono limitate a far salire tutti i migranti intercettati sulle navi militari e a sbarcarli sulle coste

---

[41] https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/07/Documento-Ventimiglia.pdf , 31/07/2015 pag.6
[42] Si veda Çakıcıv. Turchia [GC], n. 23657/94, § 112, CEDU 1999-IV

libiche. Inoltre, la Corte osserva che il personale a bordo delle navi militari non aveva la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici. Questo basta alla Corte per escludere l'esistenza di garanzie sufficienti che attestino che la situazione individuale di ciascuna delle persone interessate è stata presa in considerazione in maniera reale e differenziata". Inoltre il monitoraggio evidenzia una violazione da parte dell'Austria del Regolamento (UE) n. 2016/399 (Codice Frontiere Schengen), artt. 3 e 4. in quanto fatti descritti mostrano come in molti casi le decisioni di respingimento adottate dalle autorità austriache non risultino esser state adottate su base individuale, non essendovi stato alcun formale esame della situazione personale di ciascun cittadino straniero respinto, che abbia preso in considerazione in maniera reale e differenziata le singole posizioni giuridiche nonché le condizioni sanitarie e/o di vulnerabilità degli interessati[43].

4. Appare perciò evidente la crisi del sistema Dublino dal punto di vista del rispetto delle leggi dell'Unione ma soprattutto dai numerosi tentativi dei migranti irregolarmente entrati in Europa di sfuggire sia all'identificazione al momento di dell'arrivo in taluni Paesi dell'unione[44], con la conseguenza che i suddetti Paesi non sono costretti ad applicare i criteri stabiliti dal regolamento Dublino III, sia rendendosi irreperibili dopo la notifica di trasferimento. Perciò se si scindessero le diverse situazioni dei beneficiari di protezione internazionale e per ciascuna si distinguesse lo Stato membro responsabile della protezione o di elezione del soggiorno è molto probabile che gran parte della tensione attualmente esistente sul sistema Dublino si attenuerebbe, permettendo di operare in maniera più efficace e nel pieno rispetto dei diritti umani. Coloro infatti che sono indotti ad eludere il regolamento per sottrarsi alla «condanna» a rimanere nello Stato individuato come competente per l'esame della domanda di asilo, potrebbero accettare la competenza come determinata dal regolamento Dublino e decidere di spostarsi in un secondo momento, una volta ottenuto lo status di protezione internazionale. Il riconoscimento di una seppur limitata libertà di circolazione e soggiorno in capo ai beneficiari di protezione internazionale darebbe un quadro normativo certo e ordinato ai movimenti secondari dei beneficiari di protezione internazionale, di fatto già esistente in un'area di libera circolazione delle persone, e potrebbe essere un efficace strumento preventivo e dissuasivo dei movimenti secondari dei richiedenti asilo. Maggiori risorse potrebbero inoltre essere investite nel sostegno all'armonizzazione e alla corretta attuazione del Sistema europeo comune di asilo, nel tentativo di rendere minime le differenze esistenti tra i sistemi di asilo nazionali e, dunque, rafforzare la reciproca fiducia e il mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati dagli Stati membri[45].
La soluzione data da C. Favilli, professoressa di diritto dell'Unione Europea all'Università degli Studi di Firenze, appare come l'unica realistica percorribile per consentire al regolamento Dublino di operare con efficacia e nel rispetto dei diritti umani; essa può realizzarsi attraverso dapprima la piena affermazione del principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di asilo e poi con il riconoscimento di una certa libertà di circolazione e di soggiorno dei beneficiari di protezione internazionale.
Se dunque i principi della reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento sono applicabili in materia di asilo[46] e in parte sono, come visto, già applicati, esiste un ostacolo di fondo dato dalle peculiarità della politica europea di asilo rispetto alle altre materie rientranti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e ancora più rispetto alla politica del mercato interno. Nell'ordinamento UE i principi di reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento, così come anche il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, sono in ultima analisi funzionali alla realizzazione della libertà di circolazione nello spazio europeo o comunque dipendono dall'applicazione di tale libertà. Nel diritto dell'Unione la creazione

[43] Lungo la rotta del Brennero rapporto di monitoraggio sulla situazione dei migranti a Bolzano e al Brennero: https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_Report_Monitoraggio_Bolzano_Brennero_25_09.pdf
[44] Nel 2014 a fronte dei circa 150.000 arrivi in Italia sono state identificate 90.000 persone ed è verosimile che molte abbiano raggiunto altri Paesi europei, anche tra coloro che sono stati identificati.
C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 17
[46] In base all'art. 78, par 2; TFUE

di uno spazio territoriale comune, sia quello «limitato» al c.d. mercato interno sia quello più ampio del c.d. spazio di libertà, sicurezza e giustizia, vede nella libertà di circolazione insieme uno strumento e un obiettivo da perseguire e da promuovere; lo è a tal punto che gli Stati hanno rinunciato al monopolio della regolazione di ampi settori di mercato a favore dell'applicazione delle regole vigenti negli altri Stati, così come hanno accettato di riconoscere efficacia nel proprio ordinamento a provvedimenti di natura sia civile sia penale adottati da altri Stati, in virtù del principio del mutuo riconoscimento: si riconoscono gli effetti dell'applicazione delle norme nazionali in mancanza di armonizzazione, anche minima, a livello UE. Nell'ambito del sistema europeo di asilo, invece, reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e ravvicinamento delle legislazioni nazionali sono invocate per limitare i movimenti secondari: regole condivise e tendenzialmente comuni per limitare il più possibile la circolazione tra gli Stati membri. Esiste dunque in questo ambito una logica opposta rispetto a quella perseguita in tutta l'Unione e tipica del mercato interno così come dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'obiettivo è quello della limitazione della circolazione dei richiedenti protezione internazionale così come dei beneficiari dello status, nel presupposto che l'esistenza di un quadro normativo comune favorisca il permanere dei cittadini di Paesi terzi nello Stato ritenuto competente sulla base dei criteri stabiliti nel regolamento Dublino. È proprio questo obiettivo, che rischia di diventare pervasivo di tutto il sistema di asilo europeo, che deve essere superato, attraverso il riconoscimento di una sia pur limitata libertà di circolazione e di soggiorno nell'Unione Europea ai beneficiari della protezione internazionale[47]. Inoltre la possibilità di estendere in parte il diritto di circolazione e di soggiorno ai cittadini di Paesi terzi rientrerebbe pienamente nei poteri dell'Unione in virtù dell'art. 79, par. 2, lett. b), TFUE in base al quale l'Unione adotta misure relative alla «definizione dei diritti dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli Stati membri».[48] Interessante è in oltre l'orientamento del Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo: "Infine, il concetto di uno status valido nell'intera Unione invita a riflettere sulla possibilità di instaurare a livello comunitario un meccanismo di riconoscimento reciproco delle decisioni nazionali in materia di asilo, nonché di trasferire le responsabilità in materia di protezione quando il beneficiario della protezione fissi la residenza in un altro Stato membro. Le esatte modalità giuridiche e le condizioni precise dovrebbero essere oggetto di discussione approfondita. Un meccanismo di questo tipo potrebbe ispirarsi in particolare alle disposizioni pertinenti della Convenzione di Ginevra e all'Accordo europeo del 1980 sul trasferimento della responsabilità relativa ai rifugiati concluso nel quadro del Consiglio d'Europa".

Il riconoscimento del diritto di soggiorno in altri Stati membri dell'UE ai beneficiari di protezione internazionale rappresenterebbe una svolta epocale nell'ordinamento UE, dato che tutti gli atti dell'UE, anche quelli in materia di migrazione economica, tendono ad escludere il diritto di soggiorno nell'area UE ai cittadini di Paesi terzi. Merci, servizi e capitali provenienti dai Paesi terzi possono a certe condizioni circolare nell'UE alle stesse condizioni dei prodotti autoctoni, mentre lo stesso non vale per chi, cittadino di Paese terzo sia regolarmente soggiornante in un Paese membro e intenda spostarsi, per risiedervi, in un altro[49].

Spetta all'Unione declinare in maniera concreta il principio di solidarietà tra Stati membri, con azioni innovative che sinora non è stato possibile attuare a causa proprio di quel contrasto di interessi che rischia di paralizzare lo sviluppo completo del sistema europeo comune di asilo. L'attuazione effettiva del principio di solidarietà potrebbe svolgere un ruolo determinante, tenendo conto degli interessi divergenti tra gli Stati membri per cercare strumenti di compensazione dei loro sforzi e delle loro divergenti posizioni. D'altra parte l'art. 80 del TFUE afferma chiaramente: «Le politiche dell'Unione di cui al presente capo [politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione

[47] C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in "*Rivista di diritto internazionale*", 2015, pag. 19

[48] *Ibidem*, pag. 20

[49] *Ibidem*, pag. 21

della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualvolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio». Sinora la dimensione prevalente della solidarietà in materia di asilo è stata quella finanziaria, che vede l'UE intervenire con fondi di finanziamento delle attività degli Stati membri in questa materia, sia in via ordinaria sia in occasione di eventi eccezionali che richiedano finanziamenti di emergenza. Si tratta di un sostegno fondamentale che deve continuare ad essere il primario strumento di supporto degli Stati membri, semmai tenendo conto di vari fattori quali non solo il numero dei richiedenti protezione internazionale ma anche il numero dei rifugiati sotto protezione in un Paese e residenti in un altro. Questo potrebbe essere un incentivo affinché gli Stati accettino il riconoscimento di una certa libertà di circolazione e soggiorno, seppur condizionata[50].
Le istituzioni UE e soprattutto la maggioranza dei Governi dell'UE sembrano orientati ad interpretare il principio di solidarietà in termini finanziari e materiali, escludendo qualsiasi forma di ripartizione dei richiedenti protezione/beneficiari dello status. Anche in relazione all'attuazione del principio di solidarietà risulta come prioritario l'interesse da parte degli Stati di limitare "i movimenti secondari" non solo dei richiedenti protezione internazionale, ma anche dei beneficiari della protezione, manifestando una decisa riluttanza circa l'adozione di quegli strumenti che potrebbero al contrario permettere a determinate condizioni la circolazione e il soggiorno in altri Stati membri. Se invece una certa libertà di circolazione e di soggiorno fosse riconosciuta, anche le misure di compensazione finanziaria potrebbero acquisire una maggiore efficacia e corrispondere maggiormente agli oneri reali che gli Stati sopportano. Si pensi a tutti quei richiedenti protezione o beneficiari dello status che comunque si spostano verso un altro Stato: questi non possono essere contemplati ai fini della solidarietà finanziaria, nonostante lo Stato che materialmente li ospiti sopporterà in qualche modo l'onere della loro presenza; potrebbero essere individuate quote virtuali da assegnare a ciascuno Stato in virtù delle proprie capacità di accoglienza, tenendo conto anche del numero di persone già ricevute, così da compensare gli Stati a seconda che il numero effettivo delle persone si discosti o meno da quello ottimale; potrebbero essere anche individuati incentivi per favorire gli spostamenti verso Stati con uno scarso numero di richiedenti protezione internazionale, condizionati alla residenza in quegli Stati per un certo numero di anni. Soluzioni alternative e innovative devono essere individuate ma per farlo occorrerebbe superare la logica che sembra prevalere in questo contesto storico tra gli Stati UE e che sembra condivisa anche dalle istituzioni UE. Il riconoscimento della libertà di circolazione e di soggiorno tra Stati UE potrebbe essere la misura più semplice e più efficace per soddisfare più esigenze attualmente tutte impellenti per dare efficacia al sistema europeo comune di asilo[51].

Andrea Premarini

[50] *Ibidem*, pag. 23
[51] *Ibidem*, pag. 25